

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du vingt février deux mille treize.

Numéro 39374 du rôle.

Composition:

Étienne SCHMIT, président de chambre;
Gilbert HOFFMANN, premier conseiller;
Brigitte KONZ, conseillère, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.

E n t r e :

A, entrepreneur, demeurant à (...),

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Josiane Gloden
d'Esch-sur-Alzette du 8 novembre 2012,

comparant par Maître Gaston Vogel, avocat à Luxembourg,

e t :

B, sans état particulier, demeurant à (...),

intimée aux fins du susdit acte Josiane Gloden,

comparant par Maître Claude Pauly, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

1. La procédure suivie

Par ordonnance du 7 septembre 2012, le juge des référés du tribunal
d'arrondissement de Luxembourg, statuant sur les mesures provisoires
durant l'instance de divorce, a autorisé B et A à résider séparés, a confié
la garde provisoire des enfants communs mineurs C, D et E à B, a réglé le
droit de visite de A et a condamné A à payer mensuellement à B le

montant de 3 x 250.-, soit 750.- euros, à titre de pension alimentaire pour les trois enfants.

Au vu des actes de procédure versés en cause, l'ordonnance n'a pas été signifiée.

Le 8 novembre 2012, A a régulièrement formé appel contre cette décision.

2. La compétence du juge des référés

Le 9 juillet 2012, assignation a été donnée par A à B, d'une part, à se faire représenter par un avocat devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg en vue de la défense à la demande en divorce, et, d'autre part, à se présenter devant le juge des référés du même tribunal pour voir régler les mesures provisoires durant l'instance de divorce.

Suivant les développements des parties lors des débats devant la Cour à l'audience du 6 février 2013, aucune affaire de divorce n'est enrôlée à cette date au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

L'affaire de référé ayant été néanmoins déposée au greffe, plaidée et jugée, la Cour a, lors des débats du 6 février 2013, invité les parties à s'expliquer sur la régularité de la procédure de référé suivie, ayant conduit à l'ordonnance du 7 septembre 2012, au regard de l'article 267 bis du code civil.

En réponse à l'invitation de la Cour, A a conclu à l'irrégularité de la procédure au regard de l'article 267 bis et à l'annulation de la décision.

B a soutenu que, dans son acte d'appel, A n'aurait pas tiré argument de l'article 267 bis. De toute manière, le moyen tiré du défaut de dépôt de la demande en divorce serait d'intérêt privé et aucune partie n'aurait d'elle-même critiqué la régularité de la procédure au regard de l'article 267 bis. B conclut à l'examen au fond de l'appel.

L'article 267bis (1) du code civil dispose : « *Le président statuant en référé, ... , connaît, en tout état de cause, dès le dépôt de la demande en divorce au greffe, des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des parties que des enfants.* ... ».

Cette règle désigne l'autorité judiciaire qui a compétence pour régler les mesures provisoires relatives aux personnes, aux aliments et aux biens où cas où une demande en divorce est déposée au greffe.

Cette compétence n'est pas attribuée au président du tribunal d'arrondissement à partir de l'assignation en divorce, mais à partir du moment où l'affaire de divorce est déposée au greffe du tribunal, à l'initiative soit de la partie demanderesse en divorce soit de la partie défenderesse en divorce, donc à partir du moment où l'un des époux a

manifesté auprès du tribunal sa volonté de faire instruire la demande en divorce.

La règle n'a pas été changée par la loi du 27 juillet 1997 modifiant notamment certaines dispositions du code civil et du code de procédure civile, qui a prévu à l'article 236 du code civil que l'assignation en divorce peut en même temps contenir des demandes relatives aux mesures provisoires concernant les personnes, les aliments et les biens des parties et de leurs enfants, et que ces demandes seront portées à l'audience du président du tribunal, statuant en référé.

La Cour relève que l'article 1^{er}, point 5, de la loi du 27 juillet 1997 a complété l'article 267 bis par une disposition relative à la prise en considération des sentiments exprimés par les enfants mineurs lors de leurs auditions. La règle de compétence contenue au même article 267 bis n'a pas été changée.

Même si la loi du 27 juillet 1997 autorise l'assignation en divorce et l'assignation devant le juge des référés dans le même acte, permet donc la saisine simultanée du juge du fond et du juge des référés, elle n'a pas modifié la compétence du juge des référés en la soumettant à la seule condition de l'existence d'une assignation en divorce, mais a maintenu la règle de compétence de l'article 267 bis du code civil, qui exige non seulement l'assignation en divorce, mais aussi le dépôt de l'affaire de divorce au greffe.

La Cour retient que l'article 267 bis du code civil, relatif à la compétence du juge des référés du tribunal d'arrondissement durant la procédure de divorce, est à appliquer par la juridiction d'appel, même si les parties n'ont invoqué cette disposition ni dans l'acte d'appel ni lors des débats, à condition que la juridiction respecte le principe du contradictoire.

Une demande en divorce n'ayant pas été déposée au greffe du tribunal d'arrondissement au moment où le juge des référés était appelé à statuer sur les demandes de A et de B relatives à leur résidence, à la garde provisoire des enfants et au droit de visite et d'hébergement, ainsi qu'aux pensions alimentaires durant la procédure de divorce, le juge des référés n'avait pas compétence pour apprécier ces demandes.

L'ordonnance rendue par une autorité judiciaire incompétente est à annuler.

3. L'indemnité de procédure

Il n'est pas établi qu'il soit inéquitable de laisser à charge de A l'intégralité des sommes exposées qui ne sont pas comprises dans les dépens. Sa demande d'une indemnité sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile n'est donc pas justifiée.

4. La demande de distraction des dépens

En procédure d'appel de référé, les parties ne sont pas représentées par un avocat constitué. Maître Gaston VOGEL n'étant pas avocat constitué pour A, sa demande tendant à la distraction des dépens à son profit personnel n'est pas justifiée.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière de référé, statuant contradictoirement,

déclare l'appel recevable,

annule l'ordonnance du juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg no 422/2012 du 7 septembre 2012,

renvoie la cause au juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg saisi par l'assignation du 9 juillet 2012,

rejette la demande de A formée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

rejette la demande de distraction des dépens de Maître Gaston VOGEL,

condamne tant A que B à la moitié des dépens de l'instance d'appel.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Étienne SCHMIT, président de chambre, en présence du greffier Jean-Paul TACCHINI.